

Contribution complémentaire à l'analyse des marchés pertinents du Haut Débit - 19/10/04

Nous avons lu avec beaucoup d'attention l'analyse des marchés du Haut Débit proposée par l'Autorité et transmise au Conseil de la Concurrence, qui fait suite à la consultation publique de l'ensemble des acteurs concernés.

Si nous partageons la plupart des recommandations faites, nous remercions l'Autorité de nous laisser l'opportunité de nous exprimer sur deux sujets importants qui semblent prêter à discussion : la prise en compte de l'autoconsommation de France Télécom, et la régulation du marché des offres DSL de gros nationales, auxquels nous souhaitons ajouter un troisième sujet sur lequel nous aimerions revenir, qui est la régulation du marché de détail.

En effet, ces trois sujets nous semblent majeurs pour la définition d'un cadre pertinent permettant un développement et une régulation cohérente des marchés du Haut Débit.

L'autoconsommation de France Télécom comme justificatif à la non discrimination et à l'absence de régulation des marchés de gros ?

France Télécom soutient dans sa contribution que

« Le document de l'Autorité de Régulation des Télécommunications adopte une interprétation excessive du principe de non discrimination qui conduit à en dénaturer l'esprit. L'application de ce principe implique qu'en cas de situation équivalente, il doit y avoir un traitement équivalent, le principe ne s'applique plus et la simulation d'une offre virtuelle que se fournirait à lui même un opérateur est dénué de fondement : France Télécom n'a pas recours pour ses propres besoins à ses offres de gros. Ceci est confirmé par la jurisprudence de la Commission Européenne en matière de définition des marchés et d'appréciation des pratiques anti-concurrentielles qui conduit à ne pas inclure les prestations d'autoconsommation dans le périmètre des marchés pertinents, lesquels se limitent aux seules transactions manifestement sur le marché entre deux entités économiques distinctes »

Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur les commentaires de France Télécom sur le principe de non discrimination dans la mesure où ils sont la reproduction de l'argumentation développée par celle-ci devant le Conseil de la Concurrence dans le cadre de sa décision 04-D-18. Dès lors que France Télécom a été condamnée aux termes de cette décision à 20 millions d'euros d'amende pour non respect de l'injonction, la seule existence de cette décision vaut démenti de sa thèse.

En quelque mots cependant, il ne fait aucun doute que France Télécom s'emploie à réduire le sens du principe non-discrimination à la seule vérification de l'équivalence de conditions entre offres **existantes**, conception étroite qui est certes mise en œuvre par l'article 442-1 du Code de Commerce au titre des pratiques *restrictives* de concurrence¹ précisément parce que ce n'est que *l'une* des applications la plus évidentes de la notion.

L'interdiction de la non discrimination, tant d'un point de vue économique que juridique, embrasse pourtant *toutes* les situations dans lesquelles une entreprise en position dominante use de son

¹ Les pratiques restrictives de concurrence, à la différence des pratiques anti-concurrentielles, sont celles dont l'interdiction ne nécessite pas une analyse en terme de marché parce qu'elles sont évidemment nocives pour la concurrence sur le principe même.

pouvoir de marché pour artificiellement **créer** des conditions de prix et de services différenciées et pas seulement **appliquer**, entre des offres qu'elle a décidé de proposer, des conditions différentes. Concept objectif, comme toutes les règles du droit de la concurrence, l'interdiction de toute discrimination, d'une certaine manière, se confond presque avec la notion de position dominante elle-même (la possibilité d'une différenciation révélant l'existence d'un pouvoir de marché et réciproquement). La notion vise ainsi en premier lieu **le refus** par une entreprise en position dominante **de placer** ses clients (en l'espèce, les opérateurs) ou ses fournisseurs dans une situation équivalente à celle qu'elle réserve à ses propres services et que ce refus s'appuie sur une offre existante ou le refus de proposer l'offre nécessaire.

Par ailleurs, et selon France Télécom la non applicabilité du principe de non discrimination dans le cas analysé ci-dessus s'inférerait de « *la jurisprudence de la Commission Européenne en matière de définition des marchés et d'appréciation des pratiques anti-concurrentielles qui conduit à ne pas inclure les prestations d'autoconsommation dans le périmètre des marchés pertinents* ».

Les deux questions n'ont pourtant aucun rapport et France Télécom ne produit d'ailleurs aucune référence susceptible de soutenir un lien entre ces deux notions.

S'agissant de la question de la détermination des marchés de référence, la question de l'autoconsommation ne participe qu'indirectement *de la définition* des marchés, et certainement pas « *de l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles* ». Assimiler les deux concepts traduit à l'évidence une méconnaissance de la distinction entre d'une part, la définition d'un marché et le calcul de part de marché et d'autre part, l'appréciation de la position d'une entreprise sur le marché ainsi défini laquelle comporte des éléments autant qualitatifs que quantitatifs.

Bien sûr, une fois un marché « défini », comme le rappelle la Communication du 13 octobre 2000 au paragraphe 97 « *le calcul de part de marché doit en principe reposer sur des données exprimées en valeur* » et par hypothèse, une production autoconsommée, n'a pas de valeur de « marché ».

Ainsi, lorsque le calcul d'une part de marché est utilisé à des fins matérielles, comme dans le cas de cette communication aux fins de l'application du Règlement sur les Restrictions Verticales, il est nécessaire de simplifier l'analyse ce qui ne porte pas à conséquence pour ce qui concerne l'analyse concurrentielle elle-même. Ce règlement adopté pour les besoins de l'application de l'article 81 du Traité (ententes) et non de l'article 82 ne vise pas en effet à apprécier l'existence d'une position dominante mais seulement à borner son champ d'application par un critère moins arbitraire en droit de la concurrence que ceux autrefois utilisés.²

En revanche, l'autoconsommation est **toujours** prise en compte tant dans l'appréciation d'une puissance de marché, que, pour reprendre l'expression de France Télécom, aux fins « *d'appréciation de pratiques anti-concurrentielles* »³. Comme l'indique, le paragraphe 98 de la même Communication «

*la production interne, c'est à dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre production peut revêtir **une très grande importance** dans une analyse de concurrence en tant que contrainte concurrentielle ou en tant que facteur qui renforce la*

² Le Règlement retient en effet qu'en dessous de 30 % de parts de marchés, l'exemption qu'il prévoit s'applique mais qu'au delà l'entreprise doit effectuer une analyse au cas par cas des clauses de ses contrats de distribution.

³ L'autoconsommation est un « fait » pas un comportement appréhendable en tant que tel au titre de l'article 81 ou 82. On ne saurait, sur le principe, reprocher à une entreprise d'auto-consommer sa production, sous réserve que les conditions de celle-ci ne génèrent pas des effets anti-concurrentiels (refus de vente, faveur à ses services) et auxquelles ce sont ces conditions qui seront en cause.

position d'une entreprise sur le marché » même si «pour calculer la part de marché pour les biens et services intermédiaires la production interne ne sera pas prise en considération »

Cette très « grande importance », relève d'une analyse proche de celle que l'on effectue en termes de « concurrence potentielle » dès lors que la production consommée peut être vendue et donc « venir » potentiellement sur le marché au lieu d'être consommée au gré des intentions de l'entreprise.

Un calcul excluant l'autoconsommation peut d'ailleurs être à ce point dépourvu de « signification » concurrentielle que ce seul fait peut conduire à une annulation d'une décision qui le prévoit. Ainsi, le Tribunal de Première Instance⁴, dans le cadre d'une opération de contrôle des concentrations, laquelle consiste à évaluer la probabilité de l'existence ou du renforcement d'une position dominante dans le cadre d'un rapprochement d'entreprise, - situation comparable à une analyse ex ante, a ainsi considéré qu'

« en refusant de comptabiliser dans les parts de marché d'ABB et de Siemens les ventes intégrées de composants pour tableaux électriques réalisées par ces deux groupes, la Commission a sous-estimé la puissance économique de ces deux importants concurrents de l'entité issue de la fusion et, réciproquement, surévalué la force de cette entité sur les marchés français et italien de composants pour tableaux électriques divisionnaires, ainsi que sur les marchés danois, espagnol, français, italien et portugais de composants pour tableaux électriques terminaux.

Ainsi, l'allusion à la notion d'autoconsommation est juridiquement sans une quelconque pertinence.

Au-delà, et plus fondamentalement, cependant, l'aspect le plus contestable est sans aucun doute l'importance que semble porter France Télécom à la part de marché en tant que telle afin de la transformer en une sorte de critère unique et mécanique, déterminant de l'appréciation de la notion d'influence significative. Une telle approche violerait les termes mêmes de l'article 37-2 du Code des Postes et télécommunications lequel renvoie à la notion de position dominante et non à un calcul arithmétique telle qu'envisage par la Cour depuis son fameux arrêt « Hoffman-Laroche ».

Cette approche est doublement erronée :

- en premier lieu, parce que la part de marché n'est jamais le critère unique⁵ qui permet d'apprécier une influence significative ou une position dominante et,
- en second lieu, parce qu'en l'espèce s'agissant de marchés connexes, la constatation même d'une absence de position dominante sur un marché à l'aide d'un tel critère de parts de marché « corrigé des variations saisonnières » de l'autoconsommation de France Télécom ne serait pas suffisante pour ne pas soumettre le marché considéré à une régulation ex ante dès lors qu'il est « connexe » à d'autres marchés sur lesquels France Télécom est en position dominante.

En l'espèce les parts de marchés sont d'une faible pertinence car qu'elles ne sont pas mesurées dans un contexte de concurrence effective mais dans celui d'une concurrence déjà régulée, même si cette régulation est perfectible.

D'éventuels affaiblissements récents des parts de marchés de France Télécom ne résultent ainsi qu'indirectement du dynamisme de la concurrence mais surtout, et avant tout, de l'existence même

⁴ Considérant 292 du TPICE du 22 octobre 2002 précité note 8.

⁵ Sauf au delà de 90 %, mais une présomption de position dominante peut apparaître dès 30 à 40 %.

d'une régulation laquelle résulte du maillage serré d'interventions coordonnées du Conseil de la Concurrence et de l'Autorité de Régulation des Télécommunications pendant près de 5 années pour permettre l'émergence d'un marché « possiblement » concurrentiel. Que cet effort se relâche notamment en raison du signal que le refus d'une régulation ex ante signifierait et ipso facto les parts de marché de France Télécom remonteront.

De fait, le calcul des parts de marché dès lors qu'il exclurait l'autoconsommation aurait ainsi une signification concurrentielle aussi douteuse que des prix de monopole peuvent l'avoir dans le cadre du calcul d'un SSNIP test (hypothèse bien connue de la « cellophane fallacy »⁶) Les calculs et les prévisions ainsi effectuées seraient en quelque sorte affligées d'une sorte de « regulation fallacy »

Plus fondamentalement encore, le niveau de parts de marchés sur un marché de gros déterminé n'est en tout état de cause pas signifiant dès lors que le marché en cause est naturellement connexe de ceux sur lesquels France Télécom bénéficie d'une position dominante. Il ne saurait être sérieusement contesté qu'il existe entre les différents niveaux de marchés haut débit (gros / détail) une évidente connexité « verticale ».

On rappellera à cet égard que les termes mêmes de l'article 37-2 du Code des Postes et Télécommunications prescrivent que

*« Est réputé exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs. Dans ce cas, l'opérateur **peut également être réputé exercer une influence significative sur un autre marché étroitement lié au premier** »*

La notion de « marché étroitement lié » renvoie en effet à la notion de connexité telle que définie tant par la jurisprudence communautaire que dans la jurisprudence nationale. Or dans ces circonstances, le Tribunal de Première Instance dans son arrêt du 6 octobre 1994 « *Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes* » a dit pour droit :

*La responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun que fait peser l'article 86 du traité sur une entreprise en situation de position dominante sur un marché donné doit s'entendre comme lui interdisant tout comportement de nature à faire obstacle au maintien ou au développement du degré de concurrence existant encore sur un marché où, à la suite précisément de la présence de cette entreprise, la concurrence est déjà affaiblie. C'est pourquoi les comportements d'une telle entreprise peuvent relever de l'article 86 et être sanctionnés en application de celui-ci, même lorsqu'ils sont localisés sur un marché distinct du marché dominé, pour autant que, du fait que **ce marché est uni par des liens de connexité étroits avec le marché dominé** et qu'elle y dispose d'une prééminence, elle peut y manifester, par rapport aux autres opérateurs qui y sont présents, une indépendance de comportement lui conférant, là aussi **et sans qu'il faille établir qu'elle détient une position dominante**, une responsabilité particulière dans le maintien d'une concurrence effective et non faussée*

Dans ces conditions, si le fait de ne pas prendre en compte l'autoconsommation de France Télécom avait pour objet de permettre à cette dernière de ne plus être déclarée puissant sur le marché des offres DSL de gros, une telle démarche ne serait pas conforme au droit de la concurrence et

⁶ Voir en ce sens Conseil de la Concurrence, Rapport pour 2001, paragraphe 2.

conduirait à une erreur d'appréciation inacceptable. France Télécom contrôlant aujourd'hui plus de 80% de ce marché, il est évidemment capital, pour maintenir la cohérence de la chaîne de valeur entre le dégroupage et les offres DSL de détail, de ne pas exclure un marché de la chaîne de valeur et « de connexité » que l'Autorité de Régulation des Télécommunications a fort clairement définie dans son avis du 30 avril 2002.

Ne pas considérer France Télécom comme puissant sur ce marché pourrait ainsi avoir comme conséquence :

- Une suppression de l'espace économique entre le dégroupage et les offres DSL de gros, et par extension, avec les offres de détail de Wanadoo, ce qui créerait un risque important pour les investissements effectués dans le dégroupage.
- Une non répliquabilité technique et/ou économique des offres de détail de Wanadoo à partir des offres de gros France Télécom, ce qui dans les zones dégroupées pourrait ne laisser aucun espace économique aux FAI clients des opérateurs dégroupés pour concurrencer Wanadoo sur le marché de détail, et en dehors des zones dégroupées pourrait ne laisser aucun espace économique aux opérateurs alternatifs d'une façon générale.

En effet, dès lors qu'il n'y aurait ni régulation du marché de détail, ni régulation du marché des offres DSL de gros, France Télécom, qui affirme par ailleurs que Wanadoo n'est en aucun cas tenu d'utiliser ses offres DSL de gros « standard », pourrait se comporter indépendamment du marché sur ses offres DSL de gros, en écrasant le dégroupage, et en éliminant la concurrence des zones non dégroupées.

Dans ces conditions, il est impératif

1. que les offres DSL de détail puissent être répliquées par les offres DSL de gros (et les offres DSL de gros par le dégroupage),
2. que France Télécom soit déclaré puissant sur le marché des offres DSL de gros, de façon à supporter ces remèdes adaptés,

afin de permettre une régulation cohérente de l'ensemble de la chaîne de valeur du marché Haut Débit.

Ceci est d'autant plus vrai que la couverture DSL de France Télécom est beaucoup plus étendue que celle des opérateurs dégroupés, et que France Télécom est par conséquent en situation de monopole dans les zones non dégroupées, qui doivent être considérées en tant que telles.

Nous tenons par ailleurs à signaler :

- Que Wanadoo doit utiliser les mêmes offres DSL de gros France Télécom que celles proposées aux opérateurs alternatifs, qu'il s'agisse des options 3 ou 5, avec les mêmes degrés de contraintes, et en particulier à des conditions opérationnelles, techniques, ou économiques équivalentes.

En effet, l'article 10.2 de la directive accès, dont la rédaction est reprise par l'article D 309 du projet de décret sur les obligations applicables aux opérateurs puissants, précise expressément que :

« Les obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations

dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires. »

Ainsi, si Wanadoo venait à utiliser une offre différente des offres DSL de gros existantes, celle-ci devrait être proposée aux opérateurs alternatifs par France Télécom.

Ce principe vertueux de fonctionnement est le seul capable d'assurer une séparation efficace et contrôlable entre France Télécom et Wanadoo, répondant au besoin de séparation comptable entre entités de dégroupage, de gros, et de détail France Télécom, qui seule peut être garante d'un fonctionnement normal et pérenne du marché du Haut Débit.

Par ailleurs, il est nécessaire que les offres DSL de gros de France Télécom s'appliquent à l'ensemble des opérateurs sur le marché de détail, Wanadoo y compris, afin de mutualiser l'ensemble des coûts, et notamment de développements SI, comme le rappelle l'Autorité dans son analyse des marchés.

Ainsi, il n'y a pas lieu de différencier de quelque façon que ce soit les offres DSL de gros de France Télécom, qu'elles soient à destination de sa filiale Wanadoo, ou à destination d'autres opérateurs.

- Que chaque opérateur intervenant sur le marché de détail, qu'il soit intégré ou pas, doit être libre de s'approvisionner chez un seul fournisseur de gros, ou de diversifier son approvisionnement, que ce soit chez un opérateur alternatif ou chez France Télécom. Nous constatons que la plupart des acteurs alternatifs ont fait le choix de diversifier leurs fournisseurs, qu'ils soient intégrés ou pas, c'est notamment le cas de neuf telecom. Il serait particulièrement inacceptable, dès lors que Wanadoo a fait le choix de ne s'approvisionner qu'en offre DSL de gros France Télécom, de ne pas compter ces volumes dans le marché global des offres DSL de gros.

Ainsi, il existe bien un marché intermédiaire des offres de gros, qui doit permettre une fluidité entre opérateurs, et prendre en compte l'auto-consommation de France Télécom.

Enfin, nous constatons que les régulateurs irlandais et anglais ont déjà établi leur analyse de marché, en prenant naturellement en compte l'auto-consommation des opérateurs historiques dominants, et que cette définition a évidemment été acceptée par les autorités de concurrence nationales, puis par la commission européenne.

Aussi, nous considérons que ce point ne doit pas faire l'objet d'un débat, et que l'auto-consommation de France Télécom doit être prise en compte dans l'analyse des marchés de gros du Haut Débit.

Régulation du marché de détail

Nous souhaitons revenir sur l'analyse de l'Autorité qui semble conclure que le cadre existant, portant essentiellement sur une régulation des offres de gros, a permis ces dernières années un fonctionnement satisfaisant des marchés de détail, et qu'en conséquence, il n'est pas nécessaire de proposer, dans la liste des remèdes, une régulation a priori des offres de détail haut débit du groupe France Télécom.

A titre préliminaire, nous souhaitons porter à l'attention de l'Autorité, que la Commission, interrogée sur ce point par l'Afors Télécom, a clairement indiqué, dans un courrier en date du 17 septembre 2004, à la signature de Monsieur Van Ginderachter, que les autorités nationales

« sont libres d'ajouter d'autres marchés si cela s'avère nécessaire. Cette possibilité qui fait l'objet d'un contrôle par la Task Force mentionnée précédemment, pourrait être utilisée par l'ART si elle estime que les contrôles réglementaires prévus au niveau de gros ne sont pas suffisants pour garantir des conditions concurrentielles sur le marché de l'accès haut débit à Internet »

Or il nous apparaît que nous sommes précisément dans cette situation d'exception, dans laquelle le fonctionnement du seul marché de gros ne permet pas de garantir une concurrence loyale sur les marchés de détail, et ce à plusieurs titres :

D'une part, France Télécom a au cours des dernières années, constamment avantagé son activité de détail par rapport aux offres DSL de gros fournies aux opérateurs alternatifs :

- Squeeze entre les tarifs option 5 et Wanadoo, jusqu'à octobre 2002, ayant permis de donner une avance considérable à Wanadoo sur le marché du Haut Débit, condamné par la Commission Européenne.
- Refus de mise en œuvre d'une offre de gros intermédiaire ADSL Connect ATM dans la même période, qui aurait permis de rétablir une concurrence sur le marché de gros et par extension sur le marché de détail, condamné par le Conseil de la Concurrence pour non respect d'injonction.
- Refus de mise en œuvre d'un service d'éligibilité DSL pour les opérateurs alternatifs,
- Refus d'héberger les équipements IP de neuf telecom dans les répartiteurs France Télécom permettant de concurrencer le service MaLigneTV, condamné par le Conseil de la Concurrence en mesures conservatoires, et tarif de ce service manifestement non reproductible en dégroupage, dont le jugement au fond est en cours. Aucune offre de gros n'a par ailleurs été proposée par France Télécom aux opérateurs, alors que les dernières communications de France Télécom montrent clairement que ce service fait partie intégrante de sa stratégie multi-play, et à vocation à s'étendre sur l'ensemble du territoire.
- Nouveaux squeezes tarifaires par rapport à l'option 5 constatés par le Conseil de la Concurrence en 2004, dont le jugement au fond est en cours.

D'autre part, force est de constater que les offres de gros ne sont toujours pas stabilisées, et France Télécom s'emploie à en modifier significativement la structure et l'architecture de façon périodique : janvier 2004 France Télécom crée une option régionale de l'option 5 contre l'avis de l'ART, octobre 2004 France Télécom annonce la mise en œuvre d'une offre bitstream ATM dont on ignore comment elle va s'articuler avec les offres de gros existantes, en particulier avec l'offre ASDL Connect ATM, à laquelle elle pourrait dans calendrier non déterminé se substituer

Enfin, la récente intégration de la filiale Wanadoo dans le groupe France Télécom doit s'accompagner de la transparence suffisante pour garantir qu'il n'existe pas dans les allocations internes de coûts ou des ressources de discrimination positive au bénéfice des lignes de produits

internes. En l'absence de séparation comptable suffisamment efficace, l'absence de discrimination ne peut être garantie.

Il nous apparaît en conséquence nécessaire que l'Autorité propose, au titre des remèdes, la mise en œuvre d'une période transitoire pendant laquelle elle s'attachera à s'assurer que la commercialisation d'une offre de détail haut débit par le groupe France Télécom s'accompagne d'une prestation de gros permettant aux opérateurs concurrents de la répliquer techniquement et tarifairement, et que les conditions de gros proposées aux opérateurs ne les désavantagent pas au regard des conditions accordées aux lignes de produit interne.

En l'absence de ce dispositif sectoriel conservatoire, le risque est réel de voir se multiplier les saisines devant le conseil de la concurrence et d'aboutir à un engorgement rapide de cette institution.

Les délais de ces procédures étant extrêmement longs (plusieurs années), au regard de la réactivité nécessaire sur le marché du Haut Débit, et les amendes au final peu coûteuses pour France Télécom, au regard des gains obtenus, nous tenons à alerter l'Autorité sur les risques importants qu'une non régulation du marché de détail ferait peser sur la concurrence aujourd'hui encore très fragile.

Force est de constater que le jugement ADSL Connect ATM, qui a pourtant été initié en 1999, ne sera finalisé au fond que courant 2005, soit plus de cinq ans après le début de la procédure, et alors que certains opérateurs initiateurs de cette plainte ont fait faillite dans l'intervalle.

De la même façon, le jugement au fond sur l'offre MaLigneTV ne sera rendu que fin 2005, alors même que ce que nous avons craint depuis le lancement de cette offre se réalise :

- MaLigneTV devient un élément clé de la stratégie de France Télécom
- Sortie accélérée d'offres multi-services intégrant MaLigneTV, alors que ce service était prétendu « innovant », et n'a fait l'objet d'aucune régulation (pas de contrôle du tarif, ni de la répliquabilité en dégroupage ; pas d'étude des conséquences pour le dégroupage en l'absence d'offres d'interconnexion permettant une fluidité des flux entre marchés multi-play)
- Forte baisse des tarifs pour accélérer les ventes de fin d'année
- Extensions de couverture très fortes

A titre d'illustration, les dernières offres de détail annoncées par France Télécom sont toutes susceptibles de faire l'objet d'une procédure contentieuse devant le conseil de la concurrence, puisque les opérateurs considèrent ne pas avoir les moyens de les répliquer :

Ainsi, il n'existe pas d'offres de gros permettant de répliquer les offres de détail basées sur la technologie ADSL 2+ dont la commercialisation est annoncée par France Télécom pour le 1^{er} décembre :

- En effet, France Télécom nous a laissé dans une incertitude complète jusqu'au 7 octobre dernier sur la possible mise en œuvre de cette technologie, pour laquelle nous avons participé au comité d'experts depuis début 2004, puis demandée une autorisation fin juillet 2004, sans qu'il n'y ait eu de réelles actions concrètes de la part de France Télécom depuis plusieurs mois. La réponse de France Télécom à notre courrier, en rappelant que France Télécom aurait 1 mois

pour valider la décision du comité d'expert, puis pour intégrer cette technologie dans la Convention de Dégroupage, nous a fait décaler de quelques mois la sortie programmée de ces offres. Nous considérons que France Télécom a organisé en toute connaissance de cause notre retard, pour être le premier à sortir ses propres offres.

- Il n'existe à ce jour aucune offre DSL de gros France Télécom permettant de construire des offres de détail concurrentes de celles qui seront proposées par Wanadoo, condamnant les FAI en zones dégroupées, et l'ensemble des opérateurs en dehors de ces zones, à ne pas pouvoir concurrencer Wanadoo.

Le positionnement tarifaire des dernières offres Haut Débit du groupe France Télécom présente également des effets de ciseau avec certaines des options de gros, et en particulier l'option 5, ce qui là encore sort du marché les acteurs qui ont fondé leur déploiement sur ces services.

Le lancement d'offres multi-play non régulées, intégrant dans des bundles standard l'offre MaLigneTV pourtant jugée « innovante », sans qu'il n'y ait aucun contrôle sur ces couplages entre des offres concurrentielles et des offres sur lesquelles France Télécom reste dominant, et d'éventuelles subventions croisées.

Ces différents services de détails (MaLigneTV, ADSL 2+, nouveaux tarifs Haut Débit) montrent à l'évidence que la seule régulation du marché de gros est totalement insuffisante à permettre un fonctionnement loyal des marchés de détail,

Enfin, nous souhaitons une nouvelle fois souligner que la situation des opérateurs alternatifs sur les marchés de détail reste en effet aujourd'hui encore très précaire :

- Pas d'espace économique pour les FAI, ou en dehors des zones dégroupées.
- Absence de visibilité sur la rentabilisation des investissements effectués dans le dégroupage

Une régulation du marché de détail transitoire ne pénaliserait par ailleurs en aucun cas France Télécom, ni les consommateurs, et inciterait France Télécom à respecter les règles du jeu concurrentiel sur l'ensemble de la chaîne de valeur.

Aussi, nous demandons à l'Autorité de constater que la seule régulation ex-ante des offres DSL de gros n'a pas été suffisante par le passé pour assurer une régulation du marché de détail, et qu'en conséquence, il convient d'identifier le marché de détail comme pertinent, et de déclarer France Télécom puissant sur ce marché.

Régulation des offres de gros nationales

Nous ne partageons pas totalement l'analyse de l'Autorité sur la non substituabilité des offres DSL de gros nationale et régionales. En effet, il nous apparaît que pour un opérateur ayant développé un réseau national capillaire, par exemple neuf telecom, les évolutions prévisibles du parc peuvent conduire à choisir de façon successive des collectes nationales et régionales :

- Dans une phase de croissance du parc, un opérateur ayant son propre réseau, aura intérêt à augmenter sa capillarité, et à passer d'une collecte nationale à une collecte régionale. Cependant, cette évolution n'est pas nécessairement homogène géographiquement, dans la mesure où le potentiel de certaines régions peuvent ne pas rendre une collecte régionale économiquement pertinente, au regard des surcoûts engendrés (porte supplémentaire, ...).
- Dans une phase de décroissance du parc, qui peut être géographiquement délimitée (dégroupage quasi-total d'une région, l'Ile de France par exemple), une collecte régionale peut ne plus être économiquement pertinente.

Ce problème est lié au fait qu'il n'existe pas en IP/ADSL d'équivalent du tarif Turbo DSL T3, qui permet d'adresser à partir d'une région les zones géographiques dont le potentiel est trop limité pour justifier la mise en œuvre d'une collecte régionale propre.

Par ailleurs, ces offres de gros nationales ou régionales, en ce qu'elles ne distinguent pas l'accès de la collecte, doivent nécessairement être régies par une régulation strictement identique, afin de garder une homogénéité sur l'accès.

[...]

C'est pourquoi neuf telecom est particulièrement sensible au maintien d'une régulation homogène sur l'ensemble des offres DSL de gros de France Télécom, qu'elles soient en collecte régionale ou nationale, sur lesquelles France Télécom reste dominant.

Pour cela, il convient notamment de s'assurer :

- Que le coût des offres de gros nationales ne peut être inférieur à celui des offres de gros régionales, afin de ne pas risquer de détruire les investissements effectués dans la capillarité, et doivent pouvoir être reconstruites techniquement et économiquement à partir des offres régionales
- Que le coût des offres de gros nationales ne soit pas démesurément supérieur à celui des offres de gros régional, afin qu'un opérateur qui posséderait les deux types d'offres, ne soit pas anormalement désavantagé dans les zones collectées nationalement
- Qu'il existe une cohérence technique et tarifaire entre les accès proposés dans les offres nationales et régionales

Aussi, nous demandons à l'Autorité de constater qu'il convient de réguler le marché des offres DSL de gros nationales de la même façon que celui des offres régionales.

Ce raisonnement s'applique pour toutes les offres DSL, qu'elles soient ATM ou IP, résidentielles (IP/ADSL) ou entreprise (Turbo-DSL).